

CONGRESSO LUSO-ITALIANO

Sobre o conteúdo possível das sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias

O tema que nos propomos abordar não resulta de qualquer fluxo problemático de sentenças aditivas na Justiça Constitucional Portuguesa que tem actuado com self-restraint na presente década, por contraste com a década de noventa durante a qual fez um uso mais acentuado, embora relativamente comedido, deste tipo de decisões. Contudo, no Brasil, o STF tem descoberto as sentenças aditivas nos últimos 6 anos e é a estreita ligação entre as comunidades constitucionais portuguesa e brasileira e o conhecimento dos fortes debates que decorrem no Brasil a propósito do activismo do STF, e que recorda as polémicas travadas na Itália dos anos 70 e 80, que nos estimularam a abordar o tema.

As sentenças aditivas constituem uma variante de sentença manipulativa ou intermédia.

As sentenças manipulativas consistem em *decisões jurisdicionais que determinam a modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento*.

São sentenças manipulativas na ordem constitucional portuguesa, as:

- i) *Decisões que modulam a sua eficácia temporal bem como a do direito que é objecto do respectivo julgamento (nº 4 do artº 282º da CRP);*
- ii) *Decisões interpretativas condicionais* (sentenças interpretativas de acolhimento e, até certo ponto, as de rejeição);
- iii) *Decisões com efeitos aditivos.*

É, há muito, conhecida a razão de ser deste tipo de decisões.

A rigidez subjacente à seca alternativa entre sentenças de acolhimento e sentenças de rejeição revelava expressivas lacunas no respeitante à salvaguarda de importantes princípios constitucionais, tais como a segurança jurídica, a proporcionalidade, a igualdade e a conservação dos actos normativos produzidos pelo decisor democrático.

De sorte que, a génese das sentenças manipulativas e o respectivo desenvolvimento tenha surgido de algum modo, como consequência do interesse crescente dos Tribunais Constitucionais pelos “efeitos colaterais” das suas decisões.

No que concerne, em particular, às sentenças com efeitos aditivos, o Tribunal Constitucional não se contentou em sancionar certo tipo de inconstitucionalidades sempre que estimou que as mesmas pudessem ser directamente “reparáveis” sem necessidade de intervenção de um legislador lento e incerto.

Imperativos de aproveitamento dos actos e, sobretudo, de tutela dos princípios da segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade conduziram a operações

interpretativas e integrativas da Justiça Constitucional, destinadas não apenas a declarar uma inconstitucionalidade, mas também a “consertá-la” no tecido normativo, através de uma decisão aditiva. Neste ponto o Tribunal Constitucional afirmou-se como titular de um poder “correctivo” ou “reparador” “ad futurum” de deformidades das normas inconstitucionais.

Esta situação ocorre, em regra, quando se pretende censurar silêncios inconstitucionais do decisor normativo, criadores de desigualdades intoleráveis ou quando se intenta eliminar certas onerações, inadmissíveis e desproporcionadas, a direitos e garantias fundamentais. Assim, sempre que seja possível, em simultâneo, julgar a inconstitucionalidade parcial de uma norma e reparar o vício através da junção de um segmento normativo que em regra já deve estar presente no ordenamento, o Tribunal Constitucional não se coíbe de proferir sentenças com efeitos aditivos.

Tal como os antigos soberanos “taumaturgos”, o Tribunal Constitucional “impõe as mãos” para curar as feridas geradas pela norma parcialmente inconstitucional ou para cicatrizar o tecido do ordenamento afectado pelas suas próprias decisões de inconstitucionalidade. Segundo a doutrina, às clássicas funções de *valoração* (declaração do valor negativo do acto inconstitucional), *pacificação* (força de caso julgado da decisão de inconstitucionalidade) e *ordenação* (força “erga omnes” da decisão de inconstitucionalidade) juntar-se-ia, também, a *função de reparação*, ou de restauração correctiva da ordem jurídica.

Passando por sentenças com efeitos aditivos menos controversas, como as sentenças demolitórias e as sentenças aditivas de princípio e lateralizando variantes inconstitucionais, como as sentenças substitutivas, focaremos a nossa atenção nas sentenças aditivas em sentido estrito.

Podemos defini-las como as decisões positivas de inconstitucionalidade de cujo conteúdo resulte, tanto um juízo de invalidade, como a indicação de uma norma ou de um princípio normativo que assegurem a criação de condições para que o direito objecto da mesma sentença se compatibilize futuramente com a Constituição.

Da caracterização dada de sentença com efeitos aditivos é possível identificar no conteúdo de uma sentença dessa natureza, duas componentes dominantes:

- uma *componente ablativa*, que supõe a eliminação ou desaplicação, em regra parcial, de uma norma jurídica, com fundamento na sua inconstitucionalidade;
- e uma *componente reconstrutiva*, que consiste na identificação de um critério jurídico de decisão passível de ser junto a uma norma ou ao segmento remanescente de um regime normativo, de forma a que se sejam criadas condições de conformidade do sentido recomposto da disposição normativa com a Constituição.

A introdução, por via interpretativa, de um *critério de decisão positivo* através da sentença, destinar-se-ia a suprir a vontade inadmissivelmente restritiva ou omissiva do decisor normativo. O *princípio da igualdade*, com ou sem associação à tutela de outros direitos, tem sido, inequivocamente, o valor constitucional dominante, tutelado

por este tipo de decisões, consumindo a larga maioria das sentenças aditivas de garantia e, sobretudo, as de prestação.

Nesse caso o Tribunal fere com nulidade a norma ideal de um regime jurídico que não estendeu à categoria B, um benefício ou um sacrifício que fixou à categoria A, que assume natureza homóloga, considerando-se que esse silêncio não inclusivo equivale à existência de uma norma ideal de exclusão implícita com carácter inconstitucional. Em consequência o tribunal junta na sentença a uma concretização do princípio da igualdade de forma a alargar para o futuro o regime jurídico também à categoria B.

A “criatividade” da componente *adjuntiva* da sentença é limitada, com especial relevo para o controlo abstracto.

De um modo geral, a doutrina coincide no entendimento de que as operações correctivas e integrativas das sentenças aditivas não implicam a criação inovatória norma “ex nihilo” pelo Tribunal Constitucional para colmatar um vazio jurídico, mas antes, o recurso a normas jurídicas já constantes do ordenamento (Crisafulli).. Na verdade, se o Tribunal “*inventa uma disciplina que não existe*”, viola claramente o campo reservado ao legislador e a decisão aditiva é inválida (Mazzaroli).

Assim, a solução adequada ao preenchimento de uma omissão ou lacuna não poderia ser fruto de uma valoração discricionária, mas sim a consequência necessária de um juízo de inconstitucionalidade, por força do qual o Tribunal Constitucional deva proceder a uma “*extensão necessária por razões lógicas*”.

Procurar-se-ia, deste modo, preencher omissões relativas e também colmatar “*lacunas técnicas*” geradas pela própria sentença de inconstitucionalidade, não usurpando, nessa tarefa eminentemente jurisdicional, a função do legislador ou dos tribunais. É neste contexto que emerge, na expressão de CRISAFULLI, a figura nuclear das sentenças aditivas “*a rime obligate*”, ou, no léxico português, *sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias*.

Existe, desde os anos noventa, um largo consenso em torno da ideia segundo a qual, as sentenças aditivas ou são *constitucionalmente obrigatórias*, ou são *juridicamente ilegítimas* (MAZZAROLLI)..

Tal ocorreu com a sedimentação em Itália da construção de CRISAFULLI, na doutrina e, especificamente, a partir do momento em que a jurisprudência liderante assumiu que as decisões aditivas deveriam ser sempre a “*rime obligate*” (GRANATA). De acordo com os pressupostos deste tipo de decisões, uma sentença aditiva constitucionalmente obrigatória, pressupõe:

- i) Que exista um vazio normativo presente numa norma julgada inconstitucional que careça de ser preenchido ou integrado pelo Tribunal Constitucional;
- ii) Que a reparação seja feita através da decisão de inconstitucionalidade, mediante uma operação reconstrutiva com eficácia “self executing”;
- iii) Que a norma que irá preencher o vazio jurídico constitua a extensão lógica de um princípio ou norma constitucional preceptiva e exequível por si própria;
- iv) Que a operação concretizadora realizada pelo Tribunal Constitucional a partir desse princípio ou norma constitucional seja a única determinada pela Constituição, não podendo existir outras opções alternativas, também elas conformes com a Constituição, aptas para o preenchimento do vazio jurídico.

A natureza constitucionalmente obrigatória da operação reconstrutiva deriva do facto de a solução correctiva ou integrativa que comporta, ser a única possível. Certo é que este importante *limite estrutural* às sentenças aditivas gerou um maior self restraint da justiça Constitucional, gerando a prolação das chamadas sentenças aditivas de princípio.

Trata-se pois de um tipo de decisão:

- i) Que pressupõe a eliminação, em regra parcial, de uma norma inconstitucional;
- ii) Que enuncia através de um princípio constitucional os limites da operação reparadora de uma omissão relativa ou de uma lacuna técnica;
- iii) Mas que se abstém de proceder directamente a essa reparação.

A razão de ser da relutância do Tribunal Constitucional, em integrar directamente uma lacuna técnica ou axiológica prende-se ao facto desse vazio poder ser passível de integração *por mais do que uma solução normativa conforme à Constituição*.

Não estando reunidos os requisitos para o Tribunal Constitucional proferir uma sentença constitucionalmente obrigatória, o mesmo órgão prefere enunciar um princípio constitucional que deverá ser respeitado no acto de integração da lacuna.

Alguns negam carácter aditivo às sentenças “aditivas de princípio”. Consideram que as mesmas são, sobretudo, decisões de inconstitucionalidade que procedem à indicação de princípios, o que, ao cabo e ao resto as transformaria em sentenças de acolhimento “ *mascaradas de algo diverso*” (MAZAROLLI).

Faltar-lhes-ia a componente reconstrutiva das decisões aditivas, já que deixariam subsistir um vazio ou lacuna sem procederem à sua reparação directa,

Consideramos, pelo nosso lado, que as chamadas decisões aditivas de princípio não, são sentenças aditivas em sentido estrito, já que carecem de uma componente reconstrutiva plena. Ainda assim, integram-se no tipo mais amplo das *decisões com efeitos aditivos*, já que nestas, de acordo com a definição dada, as decisões de inconstitucionalidade ou reparam directamente ou “*criam condições para a reparação*” de um cenário de inconstitucionalidade entretanto declarada.

No caso presente, a componente reconstrutiva da sentença não se reduz a um enunciado discursivo, mas supõe a revelação de um *princípio cogente*, que, caso não seja observado, fundamentará futuras decisões de inconstitucionalidade. Neste sentido não deixam de ter certas semelhanças com as sentenças interpretativas condicionais. Também neste sentido se produzem efeitos aditivos, ainda que com eficácia indirecta. E, finalmente, não podem ser reconduzidas a uma variante “inofensiva” de sentenças apelativas, dado que se *trata, em primeiro lugar de decisões de acolhimento* e a sua força principal reside na circunstância de exprimirem um *juízo de inconstitucionalidade*, realidade que pode não estar presente nas sentenças apelativas que tiverem a natureza de decisões de rejeição.

Este expediente das sentenças aditivas de princípio não logrou terminar por completo com a prolação de sentenças aditivas pautadas por alguma criatividade, mesmo que algumas delas tenham *reclamado um “status” de decisões constitucionalmente obrigatórias*.

Daí que, alguns autores da linha mais céptica relativamente à admissibilidade das sentenças aditivas, tenham passado a considerar o carácter insatisfatório de muitas

sentenças crismadas como “*a rime obligate*” e a reforçar a ideia de que as sentenças constitucionalmente obrigatórias não poderão ser um mero “chavão” que permita a legitimação encapotada de decisões genuinamente discricionárias (MAZZAROLLI; POLITI).

Coloca-se, contudo, uma dúvida, assaz discutida na doutrina estrangeira sobre o *conteúdo necessário de uma sentença constitucionalmente obrigatória*.

É o facto de apenas ser concebível uma única solução de ordem positiva para a reparação “ad futurum” de omissões relativas, ditada pelo Tribunal Constitucional a partir da Constituição que converte a correspondente sentença numa decisão tornada obrigatória, por força da Constituição que por ela é concretizada. Isto porque, caso se obtivesse, a partir da concretização de um princípio ou de uma norma constitucional vários critérios políticos de decisão verosímeis e conformes à Constituição e o Tribunal Constitucional decidisse optar por um deles, essa solução não só não seria constitucionalmente obrigatória como também o Tribunal Constitucional estaria, indevidamente, a proferir juízos de optimização do direito ordinário (tarefa do legislador ou dos tribunais comuns) e não a aplicar a administrar a Justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional (artº 221º da CRP).

O que sucederá, pois, se Tribunal Constitucional prolatar uma sentença aditiva puramente discricionária, que resulte de um juízo integrativo ou correctivo de optimização jurídica de entre várias soluções normativas não inconstitucionais ? A resposta, em abstracto, é a de que essa componente reconstrutiva da sentença não vincula, nem o legislador, nem a Administração, nem o tribunal “a quo”.

Em sede de fiscalização abstracta, no que concerne ao legislador, este poderá substituir livremente a norma reconstruída através da sentença aditiva por qualquer outra solução não inconstitucional. E quanto à Administração pública esta tem competência para inaplicar a componente reconstrutiva da sentença , invocando a inexistência da norma aditada jurisprudencialmente com fundamento em usurpação de poderes, seguindo-se neste ponto a solução que foi dada às sentenças substitutivas.

No caso dos tribunais comuns, em sede de fiscalização concreta, estes podem invocar a natureza não constitucionalmente obrigatória da componente adjuntiva da decisão e procederem à integração da lacuna axiológica, com outra solução normativa não inconstitucional. No fundo, estas instâncias seguiriam o rumo dos tribunais comuns italianos no final dos anos oitenta quando confrontados com decisões aditivas de conteúdo discricionário.

Em suma, sempre que da concretização da Constituição decorra uma pluralidade de soluções conformes à constituição, integrativas de um vazio normativo derivado de uma omissão relativa, deverá ser ditada uma *sentença aditiva de princípio*.

Existe, contudo, uma *área de penumbra* entre as *sentenças constitucionalmente obrigatórias de carácter estrito (ou de rime obligatissime)* e as *sentenças aditivas de princípio*, a qual pode vir ter lugar não infrequentemente e que carece de resposta quanto a algumas questões que levanta.

Na verdade, não poucas vezes, tal como sublinha Sofia Montelobo a propósito da tutela das omissões relativas, se verifica que a concretização de um princípio ou de uma norma constitucionais dotados de preceptividade podem consentir mais do que uma solução normativa possível, não claramente desconforme com a Constituição, podendo fazer sentido que, em certos casos, o Tribunal Constitucional possa proferir uma sentença aditiva e não uma sentença aditiva de princípio.

A latitude da resposta estará na densificação do carácter não verosímil das soluções alternativas à solução integrativa adoptada.

Poderá, pois, o Tribunal estar diante de um espectro limitado de opções normativas de carácter alternativo, resultantes da densificação da Constituição, e excluir legitimamente uma delas, pelo facto de:

- ser juridicamente inútil para os poderes públicos e para os destinatários da norma ou carecer de aceitação no seio da comunidade jurídica de referência;
- o seu sentido contrariar, manifestamente, o programa do legislador que editou a norma julgada parcialmente inconstitucional (criando uma solução inovatória que o decisor legislativo não poderia, em caso algum, ter querido tomar);
- sem que seja objectivamente inconstitucional, tenda para a inconstitucionalidade, suscite dúvidas de constitucionalidade ou se afigure como objectivamente menos equitativa;
- obstar à aplicação de uma solução normativa com carácter alternativo que solucione uma evidente situação de necessidade que careça de uma resposta imediata, à luz da salvaguarda do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e.
- implicar custos financeiros adicionais de magnitude relevante, não antecipados pelo legislador, que se mostrem susceptíveis de afectar negativamente o valor constitucional do equilíbrio orçamental (critério cumulativo com qualquer um dos anteriores);

Haverá deste modo alguma margem para a fixação de critérios que fundem um juízo de ponderação, de que resulte a fixação de uma solução constitucionalmente obrigatória, como efeito de uma prévia operação hermenêutica de selecção negativa, pela qual se excluam outras soluções contrárias a critérios objectivos de justiça, equidade, equilíbrio orçamental e harmonia com os princípios reitores do sistema de direitos fundamentais (tais como a proporcionalidade e a protecção de confiança).

A título de exemplo, reexaminemos Acórdão nº 191/88 sobre a querela das pensões diferenciadas, atribuídas aos viúvos e viúvas de cônjuges mortos em acidentes de trabalho.

O Tribunal Constitucional optou por não acolher o pedido do Ministério Público, na parte em que o mesmo solicitava, a par da declaração de inconstitucionalidade do preceito que discriminava negativamente os viúvos, que procedesse igualmente a uma operação correctiva que estendesse a estes, a norma mais favorável relativa ao cálculo das pensões das viúvas. O TC limitou-se a julgar a inconstitucionalidade do preceito impugnado e a advertir que os viúvos conservariam direito á pensão, devendo o legislador ou os tribunais comuns preencherem a lacuna à luz do principio da igualdade.

Será, contudo, que o Tribunal Constitucional não teria tido, neste mesmo caso, margem para proferir uma sentença aditiva constitucionalmente obrigatória, através de um juízo de ponderação jurídico-axiológica, ao invés da envergonhada decisão aditiva de princípio que aprovou? A resposta é, cautelosamente afirmativa.

Em termos das alternativas de prolação de uma eventual componente reconstrutiva do Acórdão, e à luz do princípio do pedido (que limita o conhecimento do Tribunal à apreciação da validade da norma mais desfavorável) o TC teria apenas à disposição dois cenários:

- o de, à luz do principio da igualdade mandar aplicar ou estender aos viúvos o regime prestacional mais favorável em vigor (que era o regime de cálculo da pensão das viúvas);

- o de editar uma sentença aditiva de princípio (como, de algum modo o fez) a qual, todavia, não deixa grande margem conformadora ao legislador, dado que este só poderia optar entre proceder ele próprio a essa equiparação no respeito do regime mais favorável, ou tomar outras decisões inconstitucionais, com fundamento em violação do princípio da protecção de confiança, tais como reduzir as pensões das viúvas ao patamar menos favorável do antigo regime fixado para os viúvos ou suprimir os dois tipos de pensões.

Calculando os limites constitucionais que no caso em apreço vinculariam a discricionariedade do legislador, o Tribunal poderia, ou deveria, ter concluído que a equiparação de pensões pelo regime mais favorável era a única solução constitucionalmente verosímil e, como tal, obrigatória, tendo, portanto, competência para a ter determinado, mesmo em sede de fiscalização abstracta, tal como lhe fora requerido pelo Ministério Público.

Haverá, pois, e aqui alteramos ligeiramente o nosso entendimento mais restrigente no II Volume da “Justiça Constitucional”, a considerar a existência de uma “fresta” de admissibilidade (mais extensa em controlo concreto do que em controlo abstracto) para que o Tribunal Constitucional, a par das *decisões aditivas constitucionalmente obrigatórias com carácter estrito*, poder prolatar também *decisões constitucionalmente obrigatórias de natureza conformadora*. Sentenças onde possa legitimamente gizar juízos axiológicos de ponderação entre um número muito restrito de soluções normativas alternativas e hipotéticas, de que resulte a exclusão das que revelarem uma natureza desadequada, excessivamente onerosa, pouco equitativa ou pouco afeiçoada aos princípios constitucionais.